

## Da apresentação das testemunhas ao juízo criminal como ônus processual das partes

Leonardo Augusto de Almeida Aguiar\*

O processo penal brasileiro passou por grande e significativa reforma no ano de 2008, quando as Leis 11.689, 11.690 e 11.719 promoveram profundas alterações no Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941).

Essas alterações podem ser classificadas como uma reforma no sistema processual penal brasileiro. Ocorre que toda reforma legal já encontra um marco normativo pré-constituído, com conceitos e práticas arraigadas. Por isso, nem mesmo as mudanças estruturais são percebidas e aplicadas imediatamente. A alteração de um marco normativo, especialmente processual, demanda muitas vezes uma mudança de hábitos, de praxes cotidianas, o que naturalmente leva um certo tempo até ser percebido e implementado. Tome-se aqui como exemplo a nova estrutura de audiências criminais, agora concentrada em um só ato com instrução e julgamento (oitivas, interrogatório, alegações das partes e até sentença), mas ainda não implementada na absoluta maioria dos juízos criminais. Já as mudanças pontuais, estas demoram certo tempo até mesmo para serem reconhecidas. É uma dessas mudanças pontuais que constitui o objeto deste artigo: a questão da intimação das testemunhas no processo penal brasileiro após a reforma de 2008.

No ponto, importa reconhecer que faz parte da prática processual penal brasileira a intimação pessoal para comparecimento em juízo na data designada para audiência de instrução de todas as testemunhas arroladas pelas partes. Mesmo não havendo tal previsão expressa no CPP (lacuna legal), pode-se dizer que a prática encontra amparo legal no art. 412 do CPC, que assim dispõe: “A testemunha é intimada a comparecer à audiência, constando do mandado dia, hora e local, bem como os nomes das partes e a natureza da causa”. Tal

norma se aplica também ao processo penal por força do art. 3º do CPP (diálogo de fontes).

A questão que se coloca é que a nova redação do art. 399 do CPP, dada pela Lei 11.719/2008, trouxe ao processo penal uma norma específica quanto às providências judiciais preparatórias da audiência de instrução e julgamento, nos seguintes termos:

*Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente<sup>1</sup>.*

Vale a pena frisar: agora, o CPP determina que o juiz ordene a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente, para comparecerem à audiência de instrução e julgamento.

Colocando a questão em termos ainda mais objetivos: o novo art. 399 não prevê que o juiz ordene, quando das providências judiciais preparatórias da audiência de instrução e julgamento, a intimação das testemunhas.

Como ficam, então, as testemunhas que tiverem sido arroladas pelas partes?

Começo pelas testemunhas de defesa, já que previstas no art. 396-A, com redação também determinada pela Lei 11.719/2008, *in verbis*:

*Na resposta, o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.*

Aqui também vale a pena frisar: requerendo sua intimação, quando necessário.

A expressão literal da norma é direta e clara e não gera qualquer tipo de margem para dúvidas: cabe à defesa do acusado requerer a intimação de

\*Juiz Federal Substituto da 10ª Vara; especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Gama Filho; mestre e doutor em Ciências Penais pela Faculdade de Direito da UFMG; professor titular de Direito Penal do Centro Universitário Newton Paiva; membro do Instituto de Ciências Penais (ICP), do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) e da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP); autor dos livros *Perdão Judicial* (Del Rey, 2004) e *Da Participação de Menor Importância* (Juruá, 2012).

<sup>1</sup> Uma norma assim, específica, no processo penal faz com que fique suprida a lacuna antes existente, impossibilitando pois o uso da analogia com o Direito Processual Civil, da forma como se fez até então.

suas testemunhas para que compareçam à audiência de instrução e julgamento, quando tal intimação for necessária.

Essa nova regra importa uma mudança no processo penal brasileiro. Uma mudança pontual, é verdade, mas ao mesmo tempo uma mudança conceitual baseada na teoria dos ônus processuais<sup>2</sup>.

Em termos práticos, se antes tínhamos que cabia ao juiz determinar sempre a intimação das testemunhas arroladas pela defesa do acusado, agora — regra geral — cabe ao acusado apresentá-las em Juízo na data e hora designadas para a audiência de instrução e julgamento.

Em termos teóricos, no ambiente da técnica processual, assim entendida como a definição legal dos modelos de procedimento a serem observados e nas progressivas situações jurídicas em que se situam os sujeitos do processo, ou seja, no ambiente da dinâmica da relação jurídica processual, a oitiva de testemunhas em juízo deixa de ter caráter positivo (são disposições de *caráter positivo* no ambiente da técnica processual aquelas que abrem caminho ao exercício da jurisdição e as que visam a proporcionar meios conducentes aos resultados desta) e passa a ter caráter negativo (são disposições de *caráter negativo* no ambiente da técnica processual as que restringem o exercício da jurisdição e criam ônus a cargo dos sujeitos litigantes)<sup>3</sup>.

Ora, como não se cansa de repetir a melhor doutrina processualista, a legitimidade de impor ônus aos litigantes, sem cujo cumprimento não receberão ou pelo menos dificilmente receberão a tutela jurisdicional é, de certa maneira, a legitimidade da própria técnica processual, eis que sem regras técnico-processuais suficientemente definidas em lei, inexistiria segurança para os próprios litigantes e assim estariam

comprometidas as bases democráticas do Estado de Direito<sup>4</sup>.

Ademais, como decorre da própria conceituação de ônus processuais como *imperativo do próprio interesse* (James Goldschmidt<sup>5</sup>), tem-se a legitimação da imposição de ônus às partes pelo fato de serem elas os grandes interessados diretos, em cada caso, na solução dos conflitos que as envolvem<sup>6</sup>.

De se notar que esse novo ônus processual da defesa encontra-se devidamente temperado pela reserva do possível na medida em que a norma processual prevê expressamente a hipótese de intervenção judicial em caso de necessidade. Vale dizer: não sendo possível à parte apresentar suas testemunhas em Juízo, requer-se ao Juízo a intimação delas por oficial de justiça.

É claro que a necessidade da intervenção judicial precisa ser devidamente demonstrada pela defesa.

E quanto às testemunhas de acusação? Obviamente a mudança a elas também se aplica. E até mesmo com mais força, pois o art. 41 do CPP não admite sequer a hipótese de intimação judicial em caso de necessidade. Tal dispositivo não passou por qualquer adequação na Reforma de 2008, mas isso seria despidendo, por absoluto, frente à norma do art. 8º, I, da Lei Complementar 75/1993:

*Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência: notificar testemunhas e requisitar sua condução coercitiva, no caso de ausência injustificada.*

Aliás, para fins de condução coercitiva, prevista no art. 218 do CPP, deverá não só o órgão acusador, mas também a defesa do acusado, comprovar a regular intimação da testemunha faltosa. Essa regular intimação, que agora no novo processo penal brasileiro não mais se confunde com intimação por oficial de justiça, pode se dar por qualquer forma, desde que fique inequívoco que a parte informou diretamente a uma

<sup>2</sup>Na lição de Dinamarco, “a teoria dos ônus processuais, sua conceituação, distinção de figuras afins, inserção no sistema do processo, constitui uma das mais lúcidas e preciosas contribuições que se aportaram à sua ciência no século XX, servindo para esclarecer muitos pontos de dúvida e ditar o correto direcionamento e justa medida das consequências dos possíveis comportamentos comissivos e omissivos das partes” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 201).

<sup>3</sup>Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 405: “Toda boa técnica processual há de ser preordenada à consecução dos escopos do processo mediante a equilibrada combinação dessas disposições vetorialmente opostas entre si”.

<sup>4</sup>Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 408.

<sup>5</sup>GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso*. Buenos Aires: Ejea, 1961, p. 92.

<sup>6</sup>DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 405: “Nesse quadro é que se legitima a imposição de *ônus processuais*, como imperativos do próprio interesse e como requisitos mais ou menos relevantes para a chegada ao resultado final desejado. O descumprimento de algum ônus pode ser, conforme o caso, determinante da insatisfação da pretensão do sujeito que o descumpriu”.

terceira pessoa que ela foi arrolada como testemunha em determinado processo e que deve comparecer no dia, hora e local determinados pelo Juízo afim de ser ouvida como testemunha.

De toda forma, em conclusão, podemos afirmar que após a Reforma do CPP de 2008 foi criado um novo ônus processual para as partes, o de apresentar em Juízo, na data e hora designadas para a audiência de instrução e julgamento, as testemunhas que tiverem anteriormente arrolado no feito<sup>7</sup>.

Trata-se de um ônus de aquisição processual, ou seja, da subespécie que proporciona elementos e meios para a relação processual.

Na verdade, esse ônus pode nem mesmo ser reconhecido como autônomo, mas tão somente como um aspecto do ônus da prova.

O que importa é que em caso de omissão por parte do interessado, seu *non facere* resultará como consequência a frustração do seu interesse anteriormente declarado de que aquela ou aquelas pessoas sejam ouvidas pelo juiz da causa.

Esse ônus de apresentação da testemunha ao Juízo se aplica até mesmo ao depoente que morar fora da jurisdição do órgão no qual se processa o feito, ainda que nessa hipótese tenha a parte a prerrogativa de requerer a expedição de carta precatória para sua oitiva no local de sua residência, na forma do art. 222 do CPP. Isto porque se a parte optar pelo uso de tal prerrogativa, automaticamente se sujeita a dois possíveis prejuízos: a) o da inversão na ordem das testemunhas, pois como a expedição da precatória não suspende a instrução criminal, pode ocorrer que a testemunha de defesa seja ouvida antes da testemunha de acusação (CPP, art. 222, §1º); e b) o do julgamento da lide penal sem aquela prova específica, já que ultrapassado o prazo para o cumprimento da diligência pelo Juízo deprecado, poderá realizar-se o julgamento (CPP, art. 222, § 2º).

Na prática forense, infelizmente, essa radical mudança legal ainda não foi percebida e praticamente todos os Juízos criminais ainda se utilizam da ultrapassada sistemática de expedir mandados de intimação para todas as testemunhas arroladas pelas partes.

Os prejuízos desta postura retrógrada são evidentes: uma *simples* intimação de testemunha demanda

uma série de diligências, começando pelo despacho do juiz determinando sua intimação, a expedição do mandado de intimação, seu encaminhamento a um oficial de justiça, seu cumprimento (nem sempre em apenas um ato), sua devolução à secretaria do Juízo, sua juntada aos autos, a análise do cumprimento ou não da intimação pelo juiz. Tudo isso ocupa servidores e o próprio juiz. Em última instância, por serem atos que não cabem mais ao Juízo, sua prática atenta não só a eficiência e a racionalidade dos trabalhos cartorários mas a própria legalidade, refletindo até mesmo no postulado constitucional da razoável duração do processo.

Note-se, ainda, que há situações que beiram o ridículo, como por exemplo quando se intima por mandado pessoa próxima do acusado para que compareça a Juízo para prestar depoimento requerido pela própria defesa.

Além disso, causa-se até mesmo certo constrangimento na própria testemunha, que recebe em sua residência a desnecessária visita de um oficial de justiça.

Por tudo isso é que, já passados cinco anos da reforma processual penal, urge que se adeque de forma efetiva a prática processual dos Juízos criminais aos novos ditames legais, tal como este que ora se coloca em foco, até mesmo porque em sua maioria trazem maior eficiência e racionalidade a todo o sistema.

<sup>7</sup> Note-se que a acusação arrola suas testemunhas na própria denúncia (CPP, art. 41, *in fine*) e a defesa na resposta à acusação (CPP, art. 396-A).